
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2021-L0410/ARCOP/ORD

sur recours du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN (CAMG), agissant au nom et pour le compte de FASO GRAIN contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-028f/MAAHM/SG/DMP pour l'acquisition d'intrants agricoles et d'aliments de bétail au profit de la Direction Générale du Foncier de la Formation et de l'Organisation du Monde Rural (DGFOMR), lot 01.

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

- Vu** *la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ensemble ses modificatifs ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 23 juillet 2021 de FASO GRAIN SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Monsieur Souleymane COULIBALY, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Roger MILLOGO ;
- Madame Aïssata SELIRA/KANAZOE, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Bibata SANA et Maître Moumounou GNESSIEN, respectivement juriste et avocat conseil de FASO GRAIN SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, madame Pascaline OUEDRAOGO, Messieurs Dasmané SAMBARE et Boureima BARRY, tous agents du Ministère de l'Agriculture, des Aménagements Hydro-Agricoles et de la Mécanisation ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Madame Yasmine OUEDRAOGO et Monsieur Georges T. BATIMAN, respectivement secrétaire et directeur de la société BATIMEX ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;

considérant qu'aux termes de l'article 24 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que le recours concerne la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2021-028f/MAAHM/SG/DMP pour l'acquisition d'intrants agricoles et d'aliments de bétail au profit de la Direction Générale du Foncier de la Formation et de l'Organisation du Monde Rural (DGFOMR), lot 01 ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaître ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique susvisée « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- (...);
- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel: deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas ;

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine ;

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;

(...) » ;

considérant que les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3145 du jeudi 22 juillet 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 26 juillet 2021 ; que FASO GRAIN SARL a saisi l'ORD par lettre en date du vendredi 23 juillet 2021 ; que, par ailleurs, le recours est conforme aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que, dès lors, il convient de le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits;

le Ministère de l'Agriculture, des Aménagements Hydro-Agricoles et de la Mécanisation a lancé la demande de prix n°2021-028f/MAAHM/SG/DMP pour l'acquisition d'intrants agricoles et d'aliments de bétail au profit de la Direction Générale du Foncier de la Formation et de l'Organisation du Monde Rural (DGFOMR), lot 01 ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de FASO GRAIN SARL conforme mais anormalement basse au lot 01 au motif que le produit est exonéré de TVA ;

le requérant réfute ce grief porté contre son offre et soutient que suivant l'IC 15,1 (page 22 du DAO), le montant alloué au lot 01 est de vingt un millions quarante-quatre mille(21.644.000) F CFA TTC ; que pour l'application de la formule de M , contrairement à la position de l'autorité contractante, l'exonération est différente de TVA=0 ; que même si le produit objet de la commande est exonéré de la TVA, il y a lieu, aux fins d'ajustement et de comparaison des offres et suivant la jurisprudence constante de l'ORD, de ramener toutes les offres en montant TTC et procéder aux ajustements sur cette base ; qu'ainsi, suivant cette première hypothèse, la proposition financière de l'entreprise BATIMEX est ramenée en TTC, son nouveau montant TTC sera alors de 24.209.033 F CFA (soit 20.516.130 FCFA HTVA X 18%) ; qu'alors, selon le bon calcul, fondement pris de l'article 21.6 des IC(page 16) du dossier de demande de prix, la proposition financière TTC de FASO GRAIN SARL étant de 20.135.520 F CFA, son offre ne peut être déclarée ni anormalement basse, ni anormalement élevée ; que dans cette hypothèse, la proposition de BATIMEX est hors enveloppe , que le montant étant de 24.209.033 F CFA et le budget prévisionnel de 21.644.000 TTC ; que dans la deuxième hypothèse, toutes les propositions sont ramenées en HTVA, de même que l'enveloppe ; qu'en définitive, dans les deux hypothèses, il apparaît clairement que la proposition de FASO GRAIN SARL n'est pas anormalement basse et demeure la plus avantageuse pour l'administration ;

que son offre étant conforme aux spécifications techniques du dossier de demande de prix, il prie à l'ORD de le rétablir dans ses droits ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que les textes en vigueur, notamment l'article 108 du décret n°2017-0049 du 01/02/2017 ont prévu l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ;

considérant par ailleurs le Code des impôts a exonéré de taxes (TVA) certains produits et équipements suivant la politique du gouvernement en vue de faciliter leur acquisition à des coûts réduits ;

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le requérant a noté en substance que la CAM a fait une application irrégulière de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée en mélangeant des données HTVA et des données avec la TVA ; que si la formule avait été régulièrement appliquée, son offre ne serait pas anormalement basse, ni élevée ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a utilisé le budget prévisionnel TTC et les offres HTVA pour le calcul de la formule ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait de déclarations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a jugé que la plainte du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN (CAMG), agissant au nom et pour le compte de FASO GRAIN, est fondée ; qu'il convient de revoir le calcul de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée en ramenant le budget prévisionnel, 21 644 000 FCFA TTC, en HTVA pour les besoins du calcul de telle sorte que toutes les données soient en HTVA ; qu'il n'est pas admis de mettre ensemble des données HTVA et TTC pour le calcul ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmer les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de FASO GRAIN SARL est recevable ;

-que la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la plainte du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN (CAMG), agissant au nom et pour le compte de FASO GRAIN, est fondée ; qu'il convient de revoir le calcul de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée en ramenant le budget prévisionnel en HTVA pour les besoins du calcul ;

-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-028f/MAAHM/SG/DMP pour l'acquisition d'intrants agricoles et d'aliments de bétail au profit de la Direction Générale du Foncier de la Formation et de l'Organisation du Monde Rural (DGFOMR), lot 01 ;

-que le Secrétaire permanent de l'Autorité de régulation de la commande publique est chargé de notifier aux parties et à la Direction générale du contrôle des marchés publics et des engagements financiers la présente décision qui sera publiée où besoin sera.

Ouagadougou, le 28 juillet 2021

Le Président de séance

Souleymane COULIBALY
Commandeur de l'ordre national